

Uma vitória maior do que se pensava[©]

Ronald Dworkin

I

Acima de tudo, devemos comemorar. A Suprema Corte, por uma votação de cinco a quatro, deixou o *Affordable Care Act* do Presidente Obama quase totalmente intacto.¹ Assim, os Estados Unidos finalmente satisfizeram um requisito fundamental de decência política que toda e qualquer democracia madura já encontrou há muito tempo, e que uma sequência de presidentes democratas, desde Franklin D. Roosevelt até Bill Clinton, tentaram e falharam em assegurar para nós. Finalmente temos um regime de provisões nacionais para assistência médica (*health care*) destinado a proteger todo cidadão que deseje ser protegido.

O *Affordable Care Act* não muda a tradição americana de usar o seguro-saúde (*health insurance*) privado como veículo básico para financiar tratamentos médicos. O regime agora criado é menos eficiente e racional que o sistema de pagador-único (*single payer*), como o ocorre no Reino Unido, onde o governo emprega médicos e hospitais de modo a torná-los disponíveis a qualquer um. Mas o regime de pagador único é politicamente impossível agora, e o Ato apaga as maiores injustiças que desgraçaram a medicina americana no passado. Seguradoras privadas estão agora reguladas de modo que, por exemplo, não possam negar cobertura ou cobrar altos

[©] Tradução publicada em *Revista Interesse Público*, Vol. 76, 2012. Originalmente publicado como “A Victory Bigger than We Knew”, in *The New York Review of Books*, Vol. 59 (2012) n.13. Todos os direitos reservados ao *The New York Review of Books*. Copyright © 2012 Ronald Dworkin. Traduzido para o português por Anderson Vichinkeski Teixeira.

· Frank Henry Sommer Professor of Law (New York University). *Fellow* da *British Academy* e membro da *American Academy of Arts and Sciences*. Professor of Jurisprudence (University College London). Entre suas principais publicações destacam-se: *Is Democracy Possible Here?* (2006), *Justice in Robes*, *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, e *Freedom's Law*. Em 2007 ele ganhou o *Ludvig Holberg International Memorial Prize* pelo seu “seu trabalho acadêmico pioneiro” de “impacto internacional”.

¹ NT: Trata-se do caso *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. (2012), julgado em 28 de junho de 2012.

prêmios para pessoas que já estão doentes. O Ato subsidia seguros privados em proveito daqueles que são demasiadamente pobres para pagar por isso, ampliando o programa nacional *Medicaid*, que tem fornecido assistência para alguns dos mais pobres, de modo a cobrir todos eles.

Mas, entretanto, é deprimente que a decisão da Corte em manter o Ato tenha sido, de fato, uma grande surpresa. Logo antes da decisão ser anunciada, o público estava apostando, por mais de três por um, que a Corte declararia o Ato inconstitucional.² Eles não teriam como gerar tal expectativa com base no direito constitucional; quase todos os acadêmicos constitucionalistas concordavam que o Ato era plenamente constitucional. O público estava aguardando a queda do Ato muito mais porque tem crescido a tendência nos cinco juízes conservadores de ignorar argumentos e rejeitar precedentes no sentido de refazer a Constituição de acordo com o seus entendimentos direitistas.

A surpresa não está apenas no fato de que um dos conservadores votou pelo resultado juridicamente correto, mas quem deles votou. Todos sabiam que, se, inesperadamente, a Corte mantivesse o Ato, isso se daria porque o juiz Anthony Kennedy, o menos doutrinário dos juízes conservadores, teria decidido votar com os quatro juízes mais liberais, ou seja, juízes Ruth Ginsburg, Stephen Breyer, Sonia Sotomayor e Elena Kagan. Depois de tudo, desde 2005, Kennedy se uniu aos liberais em vinte e cinco casos para produzir decisões por cinco a quatro, em vez de se unir aos seus companheiros conservadores para produzir cinco votos para o seu lado. Dois outros juízes conservadores – Antonin Scalia e Clarence Thomas – fizeram isso somente duas vezes, e os outros dois – John Roberts, atual Presidente da Corte, e Samuel Alito – nunca votaram para o outro lado. Assim, muitos comentaristas pensaram que, a partir do momento em que a Corte concordasse em manter o Ato, a decisão seria produto da mudança, de um modo ou de outro, do voto de Kennedy, e um grande número das milhares de manifestações enviadas a ambos os lados apresentam argumentos que preponderantemente designavam apelar a ele.³

² Ver LoGIURATO, Brett “The Odds Overwhelmingly Say That Obamacare Is Finished”, *BusinessInsider.com*, 27 de junho de 2012.

³ Assim fiz meus próprios argumentos nessas páginas, nas quais constam extensivamente votos passados de Kennedy para mostrar que ele estava intelectualmente comprometido em manter o mandato (comando). Ver o meu “Why the Mandate Is Constitutional: the Real Argument,” *The New York Review of Books*, Vol. 59, n. 8, 2012.

Mas Kennedy votou com os conservadores dessa vez. Mais ainda, ele assinou um voto dissidente conjunto (*joint dissent*), juntamente com Scalia, Thomas e Alito, que foi, mesmo para os padrões usuais desses três juízes, destemperado e em algumas partes ultrajante. Na argumentação oral do caso, em março passado, Kennedy sugeriu que pensava ser a questão da constitucionalidade do mandato⁴ algo resolvido. Não há sinal daquele cuidado no beligerante voto dissidente conjunto (*joint dissent*).

Foi o Presidente Roberts — quem, como eu disse, nunca antes havia votado com os liberais em uma decisão por cinco a quatro — aquele que deu o voto decisivo por manter o Ato. Existem evidências internas muito persuasivas nos diversos votos e, particularmente, no voto dissidente conjunto (*joint dissent*), que ele pretendia votar com os conservadores no sentido de derrubar o Ato, mas mudou de ideia somente no último minuto.⁵ Comentadores em todas as partes especularam furiosamente sobre as razões dele ter feito isso. Uma ideia comum entre apresentadores conservadores de programas de auditório sugere que Roberts tem sido um liberal enrustido durante muito tempo; outra é que ele está sofrendo de decadência mental.

Quase ninguém está querendo aceitar os próprios argumentos de Roberts: ele diz, no seu voto, que juízes não eleitos deveriam ser extremamente relutantes em anular decisões de um legislativo eleito. A sua própria história judicial contradiz totalmente essa explanação. Caso após caso ele tem votado, contra os votos contrários dos juízes liberais, por anular legislações estaduais e federais, assim como precedentes anteriormente firmados pela Suprema Corte, buscando em cada caso alcançar o resultado que favoreça a ala de direita da política americana. O seu voto, em 2010, no lamentável caso *Citizens United* anulou uma série de leis para declarar que empresas possuem os mesmos direitos de livre expressão (*free-speech rights*) das pessoas físicas, tendo, portanto, o direito de comprar tempo ilimitado na televisão para atacar parlamentares que não se comportam como elas gostariam.⁶

⁴ NT: Optamos por manter a expressão *mandate* como “mandato” em português para conservar ao máximo a literalidade na tradução. Todavia, convém referir que os *individual mandates* costumam ser comandos, i.e., determinações, no sentido de que os seus destinatários devam satisfazer dado requisito, como ocorre com a questão dos seguros-saúde ao determinar (*to mandate*, segundo o verbo original) que o cidadão deva adquirir alguma espécie de seguro-saúde.

⁵ Ver CAMPOS, Paul. “Did John Roberts Switch his Vote?”, *Salon*, 28 de junho 2012.

⁶ NT: Sobre o caso *Citizens United*, ver DWORKIN, Ronald. “Uma decisão que ameaça a democracia”. In FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson V. (org.). *Direito à democracia: ensaios transdisciplinares*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2011, pp. 41-56 (originalmente publicado como “The Decision that Threatens Democracy”, in *The New York Review of Books*, Vol. 57, n. 8, 2010).

A votação majoritária naquele caso insistia que tais gastos de empresas não criariam nem a aparência de corrupção. Neste ano o Estado de Montana apelou pedindo para a Corte repensar aquele caso: o Estado dizia que o evidente impacto político, e no volume que tem ocorrido, de empresas financiando campanhas nos últimos dois anos apontam decisivamente para um risco de corrupção. Roberts e os outros conservadores não se incomodaram nem sequer em justificar porque não iriam ouvir as evidências que embasavam aquele recurso; eles simplesmente declararam, em uma decisão não assinada, sob os protestos dos juízes liberais, que não conheciam o recurso.

Portanto, é difícil acreditar que em um período de tempo tão curto desde aquela insolente rejeição, Roberts tenha se convertido para uma política de extrema modéstia judicial. A maioria dos analistas parece ter se estabelecido em uma diferente explicação. Pesquisas recentes demonstram que o público americano está se tornando progressivamente convencido, sobretudo devido a decisões por cinco a quatro que refletem mormente uma consistente divisão ideológica, que a Suprema Corte não é realmente um tribunal de justiça, mas apenas mais uma instituição política que não merece nenhuma consideração maior do que as demais instituições dessa natureza. Roberts, como Presidente, deve se sentir ameaçado por esse fenômeno; o Presidente deve ser tanto uma espécie de estadista judicial (*judicial statesman*) como um juiz, de modo que é parte da sua responsabilidade proteger o respeito público pela Corte como sendo algo acima da política. Talvez ele tenha pensado ser sensato, considerando tudo que está em jogo, tomar a ocasião de um caso extraordinariamente publicizado para atacar a postura de reticência judicial ao decidir contrariamente as suas próprias e evidentes convicções políticas.

Ele deve ter pensado em agir de um modo particularmente sábio tendo em vista o grande número de casos politicamente relevantes que estão previstos para o próximo período, que começa em outubro, um mês antes das eleições presidenciais. A Corte terá a oportunidade de anular uma decisão sua de 2003 que permite que universidades estaduais em um processo seletivo de estudantes, tendo como um fator entre outros, optem pela busca de um diverso corpo estudantil. Os juízes conservadores podem querer abolir a ação afirmativa por completo, ou impor a ela restrições mais rigorosas. Eles também terão a oportunidade de reverter decisões de tribunais inferiores mantendo o *Defense of Marriage Act* (Lei de Defesa do

Matrimônio), que proíbe órgãos federais de tratar casamentos gays como algo real, por exemplo, ao permitir que um casal gay preencha uma declaração conjunta de imposto de renda.

Os mesmos juízes serão chamados a derrubar uma importante parte do *Voting Rights Act* (Lei dos Direitos ao Voto), de 1965, que requer que os Estados com registros particularmente ruins no exercício do direito ao voto possam procurar autorização federal para novas mudanças nas suas leis eleitorais. Sem dúvida, mais ainda, eles terão em breve a chance de limitar ou até mesmo abolir os direitos da mulher abortar. Roberts pode estar desejando afastar as acusações antecipadas de partidarismo político que qualquer uma decisão direitista nesses casos provavelmente atrairia, de modo que agora apoia o programa de assistência médica de Obama. Se for assim, ele terá sido incomensuravelmente ajudado pelos seus novos inimigos na mídia de direita que o está pintando como um liberal oculto, ou como um vilão vira-casacas com uma mente deteriorada.

II

Nossa Constituição do século XVIII atribui ao Congresso apenas um número limitado de competências legislativas, arroladas em uma lista enumerada; nenhuma lei do Congresso é válida até que possa ser defendida como o exercício de uma daquelas competências arroladas. Felizmente, os seus idealizadores desenharam uma lista de competências em linguagem ampla que permite ao poder legislativo exercer a faculdade de ter sensibilidade a qualquer mudança econômica ou em outras circunstâncias. Se não fosse assim, os Estados Unidos não teriam se desenvolvido como uma grande nação, mas teriam permanecido como uma impotente federação de Estados fracos e vulneráveis. Entretanto, durante nossa história, a maioria dos juízes conservadores de “direitos estatais” (*states rights*) tem tentado interpretar tais competências de modo estrito, dando menos poder ao governo nacional e, portanto, mais para os Estados. No todo eles têm falhado: como a necessidade por forte legislação nacional se tornou mais e mais evidente e urgente, cada vez mais as interpretações generosas têm prevalecido.

O *Affordable Care Act* requer que cada um, com raras exceções, compre um seguro-saúde privado ou, se não o fizer, pague o que vem denominado de “penalidade” a ser cobrada como parte do seu imposto de renda. O governo Obama defende aquele “mandato” (comando) ao apontar para duas cláusulas da Constituição: ao Congresso foi dado tanto o poder de regular o “comércio interestatal” como para “estabelecer e cobrar impostos.” Isso se baseou mais fortemente, nos votos e nas argumentações orais, na primeira dessas duas competências. Sustentava-se o que parecia ser óbvio: que financiar a assistência médica é um problema de âmbito nacional que não pode ser sensivelmente gerido de diferentes modos por cada Estado. Poucos especialistas desafiaram essa afirmação ou a de que nenhuma lei federal que trate de seguro privado poderia ser efetiva a menos que todos, incluindo aqueles que pouco provavelmente precisariam de cuidados médicos brevemente, contribuam para a seguridade da saúde. Como uma proteção para si próprio, o governo disse que, se o argumento for falho, o mandato poderia ser construído como uma taxa e, portanto, ser autorizado pela cláusula que permite a tributação.

Roberts rejeitou a primeira alegação do governo. Ele disse que a cláusula de comércio não permite ao Congresso requerer que as pessoas comprem seguros comerciais. Mas ele aceitou a segunda alegação do governo, mantendo o ato constitucional. Essa combinação de determinações é surpreendente. Segundo uma longa tradição, como Ginsburg apontou separadamente em seu voto, o juiz da Suprema Corte não deveria se oferecer a decidir questões constitucionais quando isso for desnecessário. Desde que Roberts declarou o ato válido por se tratar de um imposto, ele não teve motivo algum para gratuitamente declarar que não se tratava de um válido exercício do poder de comércio. Ele deveria ter explicado que ainda que a questão da cláusula de comércio tenha dominado o longo debate sobre o Ato, estando presente nas discussões referidas nos votos dos demais juízes, não era necessário ou adequado a ele expressar uma opinião sobre isso. A sua explicação sobre as razões de ter se manifestado sobre isso foi fraca: ele disse que não teria construído o ato como um imposto se tivesse pensado nele como válido sob a cláusula de comércio. Mas como, se uma lei é o exercício válido de uma competência do Congresso, pode isso depender de ser ou não um válido exercício de outra competência? Roberts aparentemente pensa que a possibilidade de ser o Ato um imposto válido cresce forte

como o argumento a regular, enquanto que o argumento do comércio interestatal cresce fraco. Isso é alquimia, não jurisprudência.

Devemos explicar isso distante das páginas desnecessárias do seu voto destinadas ao comércio interestatal como simplesmente um resíduo do voto original que ele escreveu antes de mudar de ideia. Mas assistentes de juízes (*law clerks*) com programas de processamento de texto podem fazer dramáticas excisões muito rapidamente, e de qualquer modo cada excisão seria muito mais fácil do que inserir explicações pouco convincentes sobre as razões pelas quais ele tinha que considerar o argumento do comércio interestatal, mesmo quando isso fosse irrelevante para o seu argumento central baseado no poder de tributar. Roberts deve ter tido dois objetivos incompatíveis. Ele queria, talvez pelas razões de natureza pública que eu mencionei, manter o Ato. Porém, ele também queria deixar claro que cinco dos nove juízes concordam que o Congresso não tem o poder de compelir a atividade econômica, não importa quão essencial tal atividade possa ser para a prosperidade nacional ou para a justiça. Liberdade, como ele deveria ter posto, sempre triunfa sobre a necessidade em nível nacional.

Entretanto, é extremamente importante que ele e três dos outros juízes conservadores não adotem a perigosa justificação para rejeitar a demanda do governo quanto à cláusula de comércio que Thomas apresentou em um breve voto separado. Thomas desejava repelir oito décadas de direito constitucional ao negar o que os outros oito juízes aceitam: que o Congresso tem o poder de regular a atividade econômica que ocorre dentro de um Estado, mas que tem um impacto substancial na economia nacional. Teria sido uma catástrofe se o voto de Thomas tivesse prevalecido: teríamos sido enviados de volta ao modelo de economia não regulada da era pré-*New Deal*.

Diversamente, Roberts ficou baseado em uma distinção intelectualmente questionável. Ele disse que ainda que o Congresso possa, certamente, regular a *atividade* no mercado interestatal de seguridade – podendo fixar prêmios que seguradoras privadas podem cobrar e proibi-las de cobrar altos prêmios para aqueles que já estão doentes –, não se pode regular a *inatividade* ao fazer as pessoas comprar seguros. Essa distinção não tem fundamento tanto no texto da Constituição como nos precedentes da Corte, ou ainda em princípios políticos (expliquei as razões disso no meu artigo sobre esse tema, citado anteriormente). A posição de Roberts, portanto,

cria um novo limite aos poderes do governo federal, embora seja impossível agora prever quão significativo esse novo limite virá a ser.

De qualquer forma, mais ainda, a distinção entre ação e inação é sempre suspeita, tanto em contextos jurídicos como em qualquer outro, pois inação sempre pode ser descrita, diferentemente, como uma ação. Passar um sinal vermelho é uma ação de dirigir contra o sinal ou uma inação quanto ao ato de pisar no freio? Se eu escolher não comprar um seguro-saúde comercial, isso será, segundo uma perspectiva, uma inação: há algo que me faltou fazer. Mas a partir de uma outra perspectiva isso é uma ação: escolho deliberadamente de correr um risco – o risco de ficar doente sem o benefício do seguro que eu poderia ter comprado. A distinção entre ação e inação depende somente da escolha do modo de descrever; é assustador pensar que algo capaz de gerar uma consequência política colossal como isso – se o Congresso pode construir um modelo de assistência médica nacional – possa ser pensado em termos de um preferência verbal. Roberts parece estar distante do problema: ele disse que o homem prático, presumivelmente ele próprio, não tem tempo para sutilezas metafísicas.

O voto dissidente conjunto (*joint dissent*) de Kennedy, Scalia, Thomas e Alito transformam aquela filosofia ruim em autoparódia. “Se o Congresso pode alcançar e comandar mesmo aqueles que estão afastados de um mercado interestatal a participar no mercado,” escreveram, “então a Cláusula de Comércio se tornou uma fonte de poder ilimitado, ou nas palavras de [Alexander] Hamilton, ‘o monstro horrível cujas mandíbulas devoradoras ... poupa nem sexo ou idade, nem altos ou baixos, nem sacro ou profano.’” A visão chocante de mandíbulas estalantes pressupõe que o limite crucial aos poderes do Congresso está na linha entre proibir e ordenar. Uma vez que tal linha é ultrapassada, supõe-se que tudo vale.

Mas os poderes do Congresso sob a cláusula do comércio interestatal dependem da questão substantiva de quais leis são necessárias para uma efetiva regulação das transações com um significativo impacto nacional. Não dependem de se tais leis devem ser elaboradas para demandar ou proibir. Se ocorresse uma epidemia nacional letal, a questão quanto a ter o Congresso um poder de comércio interestatal para forçar todos a se vacinarem passaria a ser uma questão quanto a ser um modelo nacional uniforme imperativo ou não. Não passaria a ser uma questão quanto a ser a

lei aprovada destinada a demandar que todos sejam vacinados ou a proibir que aqueles que não foram vacinados saiam da cama.

III

Os Estados que questionaram o Ato alegavam que outra de suas importantes determinações, não apenas o mandato, seria inconstitucional. O programa nacional *Medicaid* agora provê assistência médica para certas categorias dos mais pobres, incluindo crianças, mulheres grávidas, parentes de crianças elegíveis, pessoas com deficiências e pacientes idosos que necessitam de cuidados médicos em casa. Ele funcionaria como um programa misto de natureza tanto federal como estadual: o governo federal oferece os fundos necessários, mas os Estados ficam responsáveis, de fato, por administrar os programas locais.

A participação dos Estados é voluntária: eles podem recusar os recursos federais e renunciar a quaisquer recursos do *Medicaid*. Mas se eles aceitarem, eles devem cumprir algumas condições vindas da esfera federal. Inicialmente, alguns Estados se negaram a participar do programa, mas, ao final, todos os cinquenta Estados participaram. Isso não é nada surpreendente: recusar-se a participar do programa significaria deixar os seus cidadãos mais vulneráveis sem assistência paga por fundos federais, ou seja, principalmente paga por cidadãos de outros Estados.

O *Affordable Care Act*, que se inicia em 2014, aumenta dramaticamente o número de pessoas elegíveis para pagamentos pelo *Medicaid*: isso provê cobertura para todos que caem abaixo dos 133% da linha nacional da pobreza. Essa ampliação é essencial para satisfazer o objetivo do Ato de oferecer cobertura médica para todos os cidadãos que desejarem. O Ato deixa como voluntária a participação do Estado, mas, conforme aprovado no Congresso, determina que os Estados que declinarem a extensão do *Medicaid* perderão não apenas novos fundos federais, mas todos os fundos que recebem dos programas existentes do programa *Medicaid*. Sete dos nove juízes – todos, exceto Ginsburg e Sotomayor – entenderam que esta última determinação seria demasiadamente coerciva e, portanto, inconstitucional. Os orçamentos dos Estados ficariam destroçados se viessem a perder os fundos existentes

do *Medicaid*, de modo que o temor os forçaria a aceitar a ampliação. O governo federal pode impor condições no que concerne ao direito que ele oferece aos Estados, segundo os sete juízes, mas não poderá se tais condições deixarem os Estados sem nenhuma real opção para declinar.

Entendo como persuasivo o argumento contrário de Ginsburg. Ela destacou que o Congresso poderia afastar o atual programa sem objeções constitucionais e, então, lançar um novo programa com elegibilidade aumentada. Isso não envolveria nenhuma ameaça coerciva: os Estados ficariam, assim, tão livres para aceitar ou rejeitar o novo programa como estavam antes. Mas tal argumento falhou em convencer a maioria da Corte.

Se a Suprema Corte entende que parte de uma lei é inconstitucional, como a maioria dos juízes entenderam que a determinação de que um Estado que recusar a ampliação poderia perder todos os fundos existentes do *Medicaid*, ela deve decidir entre derrubar toda a lei ou simplesmente remover a cláusula ofensiva. Deveria perguntar, essencialmente, se o Congresso teria aprovado a lei sem a cláusula atacada. Neste caso, a questão é simples de responder. O Congresso poderia razoavelmente esperar que, ao final, quase nenhum Estado venha a recusar a ampliação, caso a ameaça de perda de todos os fundos do *Medicaid* fosse removida. Um Estado que tenha aceito o programa original não poderia alegar que deve rejeitar a sua ampliação como uma questão de aplicação do princípio do Partido do Chá (*Tea Party principle*): o princípio permanece o mesmo quando os números aumentam. E como poderia um Estado explicar para os mais pobres dos seus eleitores as razões pelas quais optou por recusar um auxílio em proveito deles quando tal auxílio seria pago pelo governo federal? Verdade, os governadores do Texas, Flórida, Mississippi, Louisiana e Carolina do Sul rapidamente anunciaram que eles não aceitariam a ampliação do *Medicaid*, e desde então eles foram acompanhados por outros. Porém, isso pode ser sido apenas política, pois, como eu disse, mesmo muitos dos Estados tendo se recusado a ampliar o programa original, eles, ao final, concordaram.

O Congresso, ao aprovar as determinações do *Medicaid*, deve ter entendido, certamente, que existia a possibilidade de um ou dois, talvez mais, Estados declinarem a ampliação; mas ele deve razoavelmente ter pensado que, no caso dessa eventualidade, qualquer dano aos seus objetivos poderia ser reparado por uma

legislação ulterior. E pode muito bem ter pensado que, mesmo se não fosse possível, ter um pão é melhor do que não ter nenhum. Roberts, portanto, declarou de modo sensível que a ampliação do *Medicaid* continua sendo um bom direito (*good law*), ainda que a coerciva ameaça de perda de todos os fundos do *Medicaid* deva ser abandonada. Os Estados ficariam livres para declinar a ampliação e continuar recebendo os presentes fundos federais.

Entretanto, os outros juízes conservadores – Scalia, Kennedy, Thomas e Alito – rejeitaram a argumentação de Roberts: insistiram que desde que a ameaça aos Estados de perda dos fundos do *Medicaid*, caso eles não viessem a aceitar a sua ampliação, foi tida como inconstitucional, a ampliação em si mesma deveria ser inteiramente descartada. Isso teria esvaziado o Ato. É sempre perigoso especular acerca dos motivos dos juízes. Quando eles apresentam um argumento competente, ainda que não convincente, é mais sábio simplesmente assumir que eles foram persuadidos por aquele argumento. Mas os outros quatro juízes conservadores não ofereceram um argumento competente vinculando a invalidade da ameaça à necessidade de destruição de toda a ampliação do *Medicaid*. Eles apenas declaram, sem qualquer evidência, que os membros do Congresso não teriam aprovado a ampliação se não lhes fosse possível impor a condição coerciva também.

Vale, portanto, referir que os juízes da Suprema Corte possuem um interesse pessoal em casos cujos resultados podem, provavelmente, afetar uma eleição presidencial. A Corte está hoje dividida por motivos ideológicos: os seus casos mais importantes são decididos por votações de cinco a quatro. Considerando que três novos juízes devem ser indicados durante o novo mandato presidencial, o caráter desses novos indicados – e, portanto, do seu próximo presidente – determinará quais dos atuais juízes que permanecerem terão o poder de impor a sua própria jurisprudência ou de proteger o seu próprio legado. No infame caso de 2000, *Bush v. Gore*, cinco juízes conservadores votaram em conjunto para legitimar a eleição de George W. Bush, apresentando apenas argumentos tão frágeis que eles declaram que aquela decisão não poderia ser considerada como precedente em casos futuros. Na decisão em *Citizens United*, cinco conservadores votaram para permitir que empresas gastem recursos ilimitados em campanhas eleitorais, uma decisão que era esperada – e que agora tem se mostrado mesmo – como algo que favoreceria o candidato republicano à Presidência.

Aqui é amplamente claro que as chances de reeleição do Presidente Obama teriam sido abaladas caso o *Affordable Care Act*, frequentemente chamado de mais importante conquista do seu primeiro mandato, fosse tido por inconstitucional, e a decisão da Suprema Corte de manter o Ato é agora esperada, pelo menos marginalmente, para melhorar as suas perspectivas. Isso explica porque os republicanos estão tão furiosos e os democratas tão satisfeitos com tal decisão. Isso também poderia explicar o veneno do voto dissidente conjunto (*joint dissent*)?

IV

Roberts, como eu disse, rejeitou a alegação do governo da cláusula de comércio interestatal, mas, não obstante, manteve o Ato como um válido exercício do poder do Congresso de impor tributos. Destacou que a única sanção que o Ato estabelece para aqueles que se recusem a comprar seguros é um ônus imposto contra eles nas declarações de imposto de renda. Roberts admitiu que os congressistas autores do Ato referiram a tal ônus como uma penalidade, e que Obama igualmente algumas vezes chamou isso de penalidade. Mas ele destacou que as pessoas que não podem pagar pelo seguro e que estão, portanto, dispensadas do imposto extra, dificilmente são tratadas como criminosas. Assim, o mandato opera como um imposto, segundo Roberts, sendo, portanto, constitucional.

Esses são excelentes argumentos verbais. Porém, existem razões mais fundamentais e importantes do princípio pela qual o Ato deve ser entendido como legitimado pelo poder de tributar. Roberts fez a sua argumentação se desculpando: ele disse que seria mais natural tratar o Ato como uma tentativa de regular o comércio do que como um imposto. Construiu isso como uma taxa de modo relutante, ele disse, apenas para salvá-lo de se tornar inválido. Ele tem sido atacado por tal decisão: os seus novos inimigos de direita dizem que ele abriu o portão para uma ampla extensão dos poderes do governo.

Por quê importa, perguntam eles, se é inconstitucional para o Congresso requerer que as pessoas se juntem e usem de um clube de exercícios, se o Congresso pode criar um imposto especial e ameaçador contra todos os cidadãos que falhem em

se unir ou em usar tal clube? A maioria daqueles que aplaudem a decisão de Roberts em salvar o Ato parecem concordar com a sugestão de que é artificial tratar o Ato como um imposto. Eles prefeririam que ele tivesse mantido o Ato como um caso de regulação do comércio, assim como Ginsburg, que redigiu um voto nesse sentido para ela mesma, Breyer, Sotomayor e Kagan sugeriram que ele deveria ter feito.

Concordo com esses quatro juízes que o Ato pode, de fato, ser mantido como um válido exercício do poder do Congresso de regular o comércio interestatal. Roberts e os outros juízes conservadores que negaram ter o Congresso tal poder devem se basear, como eu disse, em uma distinção insustentável entre atividade e inatividade. Mas eu discordo da sugestão de Roberts de que é de algum modo equivocado ou artificial considerar a determinação do mandato (comando) do Ato como um imposto (ele disse: “A questão não é saber se essa é a mais natural interpretação do mandato, mas apenas se ela é a mais ‘razoavelmente possível.’”). Do contrário, essa descrição captura a real justificação para o mandato em termos de moralidade constitucional.

Durante séculos, o mais poderoso e influente argumento pela justiça social tem sido essencialmente um argumento baseado na seguridade. A justiça dentro de uma comunidade política requer que os mais catastróficos riscos da vida social e econômica sejam agrupados. Todos deveriam ser requeridos a assumir suas responsabilidades perante seus concidadãos, assim como a se proteger contra os próprios infortúnios, mediante o pagamento de um fundo do qual os mais desfavorecidos podem se beneficiar. Essa concepção de seguridade social tem sido a lógica das grandes democracias sociais da Europa e do Canadá, e a tributação tem sido o meio tradicional – de fato, o único efetivo – de agregar tais riscos. A seguridade tem sido a lógica, nos Estados Unidos, de todos os nossos grandes programas de bem-estar (*welfare*): seguridade social, *Medicare*, *Medicaid*, socorro federal para desastres, entre muitos outros.

O *Affordable Care Act*, fora a reconhecida necessidade política, é diferente – mas apenas na superfície. Ele usa seguros privados, em vez de públicos, e evita o rótulo de imposto. Mas ele é em essência apenas mais um programa longamente esperado que agrega riscos. Portanto, é irrelevante que pessoas jovens e saudáveis sejam menos propensas a necessitar imediatamente dos benefícios que o programa oferece. Sim, o Ato salvará muitos deles da catástrofe futuramente em suas vidas.

Mas a atual justificação para lhes pedir a participar não é baseada no auto-interesse, mas sim na justiça.

É tempo de nossos tribunais constitucionais reconhecerem formalmente o que a interpretação constitucional criou nos últimos dois séculos. Por óbvio, o direito constitucional está limitado pelo texto constitucional. Porém, devemos interpretar o texto encontrando princípios que o justifique em termos de moralidade política, e devemos testar leis contra o texto não mediante abstrações semânticas, mas perguntando se as leis respeitam tais princípios. O raciocínio do Presidente da Corte contém uma visão involuntária. O poder nacional de tributar não é apenas um mecanismo para financiar exércitos e tribunais. Trata-se de um meio indispensável de criar uma nação indivisível com justiça para todos.

O mandato do *Affordable Care Act* não é apenas mais um exemplo de regulação econômica da indústria interestatal, como em relação aos automóveis ou aço. Ele não impõe um imposto no sentido político ordinário. Ninguém pensava quando o Ato foi aprovado que Obama teria quebrado a sua promessa de não aumentar a tributação sobre a classe média: essa afirmação é uma invenção súbita de republicanos oportunistas, em um primeiro momento negada, mas agora abraçada por Mitt Romney. Porém, o Ato é, contudo, melhor compreendido como fazendo parte da longa tradição do seguro obrigatório em nome da realização da justiça.

13 de julho de 2012